

Santiago, veintiséis de mayo de dos mil veinte.

VISTOS:

En esta causa RUC N° 1900380626-2, RIT N° 10-2020, del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Arica, por sentencia de nueve de marzo de dos mil veinte, se condena a ~~Pedro Marcelo Tobar Bello~~ a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de 5 cinco unidades tributarias mensuales, suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y el comiso de los efectos del delito, por su responsabilidad a título de autor ejecutor en un delito de receptación contenido en el artículo 456 bis A del código de castigo perpetrado en la madrugada del día 9 de abril de 2019, en la ciudad de Arica. Se dispone el cumplimiento efectivo de la pena corporal impuesta.

Contra este dictamen, la defensa de ~~Pedro Marcelo Tobar Bello~~ dedujo recurso de nulidad invocando la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal y el Ministerio Público, por la causal del artículo 373 letra b) del mismo cuerpo legal.

El día seis de mayo pasado, se celebró la audiencia para su conocimiento, incorporándose el acta que da cuenta de su realización y se determinó la fecha de lectura de la sentencia para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso interpuesto por la defensa de Pedro Marcelo Tobar Bello, se sustenta, en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, defecto que se configuraría en el caso en estudio a consecuencia de la transgresión a los artículos 1°, 5° inciso 2°, 6°, 7°, y 19 números 3, 4 y 7 de la Constitución Política del Estado, en relación a lo preceptuado en los artículos 7 n° 1, 2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 9° y 17 n°1 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y

Políticos y artículos 5, 83, 84, 85, 130, 181, 227, 228, 295, y 297 del Código Procesal Penal.

En este sentido asevera, en lo que atañe a la obtención de las pruebas incriminatorias que conducen al veredicto condenatorio, respecto de los hechos acaecidos el día 9 de abril de 2019, que ellas tienen su origen en un control de identidad, registro y consecuentes diligencias fuera de los presupuestos legales previstos en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Así las cosas arguye que la declaración de la funcionaria policial, Lucía Astudillo Sazo, que refiere haber observado a las 04:00 AM, al acusado traspasar especies de un bolso a otro, divisando entre ellas una llave de vehículos, no constituye un indicio serio, objetivo y verificable de que se estuviera cometiendo un delito, en términos que habilitara a la práctica de un control de identidad.

Al respecto alega que en el evento de no contar el detenido con los documentos necesarios para verificar su identidad lo que correspondía era trasladarlo a la unidad policial más cercana y no efectuar diligencias autónomas, tales como, un patrullaje buscando a la víctima del delito, como aconteció en la especie, pues tampoco se encontraban en situación de flagrancia.

Termina solicitando acoger el recurso, invalidar el juicio y la sentencia, ordenando realizar uno nuevo por un tribunal no inhabilitado, con exclusión de la totalidad de la prueba de cargo que enumera, por haber sido obtenida con vulneración de garantías fundamentales.

SEGUNDO: Que, por su parte el Ministerio Público, esgrime la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, alegando la infracción de los artículos 449 n° 2 y 456 bis A y 12 N° 16 del Código Penal, toda vez que se le impuso al acusado una pena inferior a la que legalmente corresponde, pues en vez de aplicar la regla especial de determinación de pena establecida en el inciso cuarto, primera parte, del artículo 456 bis A del Código Penal, el Tribunal, erradamente aplicó sólo la establecida en el artículo 449 n° 2 del mismo cuerpo legal.



grado máximo.

Concluye solicitando que se anule tanto la sentencia como el juicio oral, ordenando la realización de un nuevo juicio por parte de un Tribunal no inhabilitado al efecto.

TERCERO: Que, para la demostración de los fundamentos y circunstancias de la causal principal esgrimida, la defensa del acusado reprodujo en la audiencia pasajes de los testimonios de los funcionarios policiales Lucía Astudillo y Alejandro Rojas. La primera refirió la dinámica que observó desde la central de cámaras de vigilancia municipal y el segundo las circunstancias en que se practicó el control de identidad al acusado, lo que no fue objeto de observación alguna por el representante del Ministerio Público que acudió a estrados.

CUARTO: Que, para un adecuado entendimiento de lo que debe resolverse es conveniente recordar los hechos que se han tenido por establecidos por el considerando séptimo de la sentencia recurrida son los siguientes: "El día 09 de Abril de 2019, en horas de la madrugada, personal de Carabineros concurrió hasta la Avenida General Velásquez de esta ciudad, específicamente en el sector de la Rotonda, lugar en el cual sorprendieron al acusado ~~Pedro Marcelo Tobar Bello~~ manteniendo en su poder, una mochila contenedora de dos extintores con sus respectivo estuches, una llave de rueda metálica, dos Cd's de música, un cargador de teléfono y un triángulo de emergencia con su respectiva caja, especies que fueron robadas momentos antes desde el interior del vehículo marca Honda, placa patente BHSP-68 de propiedad de la víctima ~~Colombo Gato Tobar~~ y que se encontraba estacionado en las cercanías del lugar, por lo tanto, el acusado conocía o no podía menos que conocer el origen ilícito de las especies sustraídas."

QUINTO: Que el hecho que se tuvo por establecido en el motivo séptimo del fallo que se revisa y por el cual resultó condenado Pedro Marcelo Tobar Bello,

como autor de conformidad a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 N° 1 del estatuto penal.

SEXTO: Que como fundamento de la causal impetrada se señala que las infracciones denunciadas se habrían producido porque el control de identidad, detención del acusado y la recolección de la evidencia incriminatoria, así como la individualización del vehículo y su propietario, fueron ejecutadas fuera del ámbito de las atribuciones de la policía que intervino, que se arrogó facultades que no tenía, invocando un falso control de identidad, alegando a continuación una suerte de comunicabilidad de la ilegalidad de dicha diligencia a las actuaciones posteriores, por sostenerse sobre prueba ilegalmente obtenida, que proviene de una diligencia cuyo punto de partida es discutible desde la perspectiva del debido proceso.

SEPTIMO: Que, en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (SCS N° 7178-17, de 13 de abril de 2017, N° 9167-17 de 27 de abril de 2017, N° 20286-18 de 01 de octubre de 2018 y N° 28.126-18 de 13 de diciembre de 2018).

Es así como –en lo tocante al arbitrio en estudio- el artículo 83 del código aludido establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el

objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho [...],(letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f). Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

A su vez, los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 -que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia- así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

Que, a su turno, el artículo 84 del Código Procesal Penal, precepto que se refiere como infringido por el impugnante, dispone que: *“Recibida una denuncia, la policía informará inmediatamente y por el medio más expedito al ministerio público. Sin perjuicio de ello, procederá, cuando correspondiere, a realizar las actuaciones previstas en el artículo precedente, respecto de las cuales se aplicará, asimismo, la obligación de información inmediata”*.

OCTAVO: Que las disposiciones recién expuestas tratan, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación



subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado -y sometido a control jurisdiccional- en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

NOVENO: Que el fallo impugnado desestima las alegaciones de la defensa, expresando para ello que las actividades policiales en este caso se enmarcaron dentro de los márgenes que establece nuestro ordenamiento procesal penal, particularmente el control de identidad y posterior flagrancia.

DÉCIMO: Que, establecido el marco legal sobre el cual deberá transitar el pronunciamiento del inicial reproche esgrimido por el recurso de nulidad, cabe consignar que la sentencia estableció que el indicio que justificó la decisión de los funcionarios policiales, para llevar a cabo la diligencia cuestionada por la defensa, se produce por la información proporcionada por la funcionaria de Carabineros, Lucía Astudillo Sazo, quien en circunstancias que se desempeñaba como jefa de turno en la unidad de cámaras de vigilancia municipales, observó que un sujeto, el día de los hechos, a las 4:10 AM, en la Rotonda General Velásquez, estaba traspasando especies de un bolso a otro, entre las cuales individualizó una llave de rueda de vehículo. Dichos antecedentes se los comunicó a la Central de Comunicaciones, que a su vez alertó a carabineros, proporcionando las vestimentas del sujeto y el lugar donde se encontraba. Por ello, los funcionarios de carabineros Alejandro Rojas Riquelme y Marco Sandoval Valenzuela, una vez recibido el comunicado, que les daba cuenta que en la intersección de las calles Chacabuco con General Velásquez, un sujeto que vestía con short tipo bermuda, chaqueta negra con mangas blancas y gorro, estaba cambiando especies de un bolso a otro, entre las cuales les detallaron una llave de rueda de vehículo, concurren al lugar, encontrando al individuo que vestía de la forma que les habían informado, quien portaba una mochila que en su interior contenía dos extintores, dos cds (discos compactos), un cable de carga de teléfono (celular),



una llave de rueda y un triángulo, el cual al ser consultado sobre ellas no proporcionó una respuesta satisfactoria.

Que, en este contexto, el supuesto sobre el cual descansa el cuestionamiento del recurso resulta difícil de admitir, en cuanto se sostiene en alegaciones de ilegalidad que no concurren en la especie. En efecto, el control efectuado tuvo como justificación las circunstancias precedentemente referidas y que se consideraron ostensiblemente constitutivas del indicio, que la ley exige para la procedencia del control efectuado, que culminó con la detención del acusado y la incautación de las especies, los que aparecen como razonablemente interpretados por los funcionarios actuantes.

UNDÉCIMO: Que, asimismo, la sentencia estableció que al no contar el acusado con su cédula de identidad, lo trasladaron a la unidad policial, y es mientras se desarrolla tal actuación, a dos cuadras de distancia -en la intersección de las calles Chacabuco con Baquedano-, que se percatan que un vehículo marca Honda, modelo Odyssey, color negro, placa patente BHSP.68 estaba con la luneta delantera izquierda quebrada. Al revisar el vehículo, encontraron el número telefónico del propietario, quien al concurrir al lugar, constató que le faltaban especies de su interior, algunas de las cuales mantenía el acusado en su poder y que reconoció como propias —como lo tiene por cierto el fallo en sus motivos noveno y décimo-.

Que, en tal escenario, los funcionarios se encontraban en una hipótesis de flagrancia descrita en el artículo 130 del Código Procesal Penal, comprensión que resulta acertada considerando que el acusado fue sorprendido con especies, lo que unido a los antecedentes precedentemente referidos, son elementos suficientes para validar las posteriores actuaciones que se cuestionan, toda vez que los hechos referidos tanto en el recurso como en la sentencia no son estáticos, sino dinámicos. De esta manera, no resulta admisible la segmentación que propone la defensa para los efectos de determinar el estatuto procesal pertinente, sino que —como situación de hecho que evoluciona y muta en segundos- la secuencia fáctica ha de ser comprendida como un conjunto de comportamientos cuyo desarrollo intrínseco va cambiando al igual que el



como uno en el que concurren los elementos que el artículo 130 del Código Procesal define como constitutivo de flagrancia, al dotar a la actuación del agente de elementos de hecho que imponen a la policía la obligación de proceder en consecuencia. En tales términos, entonces, resulta acertada la comprensión del tribunal del grado en orden a considerar que los hechos se transformaron en la situación de flagrancia del artículo 130 letra a) del Código Procesal Penal –a quien actualmente se encontrare cometiendo delito- en relación al artículo 129 inciso final del mismo cuerpo legal, en virtud de la herramienta que contempla el artículo 206 del Código Procesal Penal, al existir signos que fueron adquiriendo el carácter de evidentes a pocos instantes de la comisión de un delito.

Por lo anterior, siendo lo obrado una de aquellas gestiones para las cuales los agentes cuentan con la autorización del ordenamiento jurídico sin orden previa, ya que éste tuvo como objetivo cumplir con el deber funcionario de proceder a la detención de quienes están cometiendo delito, arbitrando las medidas necesarias para ello, no se admitirá el reproche contenido en el segundo segmento del recurso, por cuanto no se presenta la infracción a la normativa citada por la defensa.

DUODÉCIMO: Que la prueba ofrecida y rendida por la defensa de ~~Pollo~~ ~~Tobias Pollo~~ en la audiencia de la vista del recurso, no ha tenido la suficiente fuerza para demostrar los supuestos de hecho que permitirían dar por probada la causal invocada, pues las declaraciones que se reprodujeron parcialmente no permiten tener por configurada ni la ilegalidad del control de identidad practicado por los funcionarios policiales, como tampoco de sus actuaciones posteriores, según se razonó en las consideraciones precedentes, situación que el tribunal oral constató luego de la estimación conjunta de la multiplicidad de elementos de cargo aportados al juicio, por lo que es inconcuso que las alegaciones de invalidación apoyadas en la causal impetrada aparecen carentes de fundamento.

DÉCIMO TERCERO: Que, de esta manera, queda desprovista de sustento la impugnación que descansa en el cuestionamiento de la legalidad de las diligencias practicadas al acusado, al resultar suficientemente justificado el proceder policial sobre la base de los elementos ponderados en su conjunto, por lo que no se conculcaron las garantías consagradas en los números 3° inciso sexto del artículo 19 de la Carta Fundamental, de manera que el recurso impetrado por la defensa de Pedro Tobar Bello, será desestimado.

DÉCIMO CUARTO: Que en cuanto el recurso interpuesto por el Ministerio Público, que se sustenta en la causal del artículo 373 letra b) Código Procesal Penal, por infracción a la regla especial de determinación de pena establecida en el inciso cuarto, primera parte, del artículo 456 bis A del Código Penal, cabe tener en consideración en primer término, y como ya se enunció, en la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Arica, se condenó a ~~Pedro Tobar Bello~~, por su responsabilidad como autor del delito de receptación contemplado en el artículo 456 bis A del Código Penal.

En el considerando décimo cuarto de ese fallo, los sentenciadores tuvieron por configurada la circunstancia agravante 16ª del artículo 12 del Código Penal, esto es, la reincidencia en delito de la misma especie y determinaron imponer al acusado la pena establecida en lo resolutive.

DÉCIMO QUINTO: Que el artículo 373 letra b) Código Procesal Penal, dispone en su encabezado "Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia", si se establece por el órgano jurisdiccional competente que en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Lo anterior, debe ser analizado en correspondencia con lo previsto en los artículo 385 del mismo cuerpo legal, que establece que "La Corte podrá invalidar sólo la sentencia y dictar sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare con la ley si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere

aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere". Lo anterior trae aparejado que no resulta procedente la invalidación si la pena impuesta al sentenciado fuere inferior a la legalmente corresponde.

DÉCIMO SEXTO: Que, conforme a lo razonado y al fundar el Ministerio Público el recurso de nulidad deducido contra el fallo antes comentado, en la causal del artículo 373 letra b) del Código Penal, por haberse impuesto al sentenciado una pena inferior a la que estima que legalmente corresponde, ha extendido los términos del artículo 385 del referido código a una hipótesis no contemplada en él, solicitando efectos anulatorios no previstos en la ley, que conforme al citado artículo les faculta para invalidar solo la sentencia y dictar, sin nueva audiencia una de reemplazo, en el evento que la pena determinada sea superior a la fijada por la ley. En consecuencia, no concurre en la especie el presupuesto sobre el que se construyó el arbitrio de nulidad, motivo por el cual, el presente arbitrio también será desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letras a) y b) 376, 384, 385 y 386 del Código Procesal Penal, se declara:

Que se **rechazan** los recursos de nulidad deducidos por la defensa de ~~Pedro Marcelo Tobo Bello~~ y por el Ministerio Público, en contra de la sentencia condenatoria en la causa RUC N° 1900380626-2 y RIT N°10-2020, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Arica, el nueve de marzo del año en curso, declarándose que ella no es nula.

Acordada el rechazo del recurso de nulidad impetrado por el Ministerio Público, con el voto en contra de los Ministros Sres. Valderrama y Dahm quienes fueron del parecer de acogerlo y en consecuencia anular el juicio y la sentencia que le antecedió, disponiendo la realización de uno nuevo ante un tribunal no inhabilitado, en base a las siguientes consideraciones:

1° Que, tal como se reseñó precedentemente, el Ministerio Público interpuso recurso de nulidad, en virtud de la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, respecto de la cual, "el juicio y la sentencia serán siempre anulados" si se establece por el órgano jurisdiccional competente la

existencia de alguna de las causales que enuncia, entre ellas “ la errónea aplicación del derecho”, por lo que en concepto de estos disidentes, no corresponde dictar sentencia de reemplazo, sino ordenar la nulidad de la sentencia y el juicio oral que le antecedió, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 386 del texto ya citado, y al petitorio del recurso de nulidad. Lo anterior resulta acorde con lo que ha sostenido esta Corte en situaciones similares tales como SCS N° 4644-13 de cuatro de noviembre de 2013 y N°8000-18 de veintiocho de junio de 2018.

2° Que el acusado Marcelo Tobar Bello ha resultado responsable de un delito de receptación previsto y sancionado en el artículo 456 bis A del Código Penal y según se estableció por el fallo recurrido, le perjudica la agravante de reincidencia específica contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal.

3° Que el artículo 456 bis A del Código Penal establece que “El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470, número 1°, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales.

Para la determinación de la pena aplicable el tribunal tendrá especialmente en cuenta el valor de las especies, así como la gravedad del delito en que se obtuvieron, si éste era conocido por el autor.

Cuando el objeto de la receptación sean vehículos motorizados o cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo y multa equivalente al valor de la tasación fiscal del vehículo o la pena de presidio menor en su grado máximo, y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales, respectivamente. La sentencia condenatoria por delitos de este inciso dispondrá el comiso de los instrumentos, herramientas o medios empleados para cometerlos o para transformar o transportar los elementos sustraídos. Si dichos elementos son



almacenados, ocultados o transformados en algún establecimiento de comercio con conocimiento del dueño o administrador, se podrá decretar, además, la clausura definitiva de dicho establecimiento, oficiándose a la autoridad competente.

Se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero, cuando el autor haya incurrido en reiteración de esos hechos o sea reincidente en ellos. En los casos de reiteración o reincidencia en la receptación de los objetos señalados en el inciso tercero, se aplicará la pena privativa de libertad allí establecida, aumentada en un grado.

4° Que, por lo razonado, a juicio de estos disidentes, se puede concluir que existe un error en la determinación en la pena efectuada por los jueces, desde que no consideró la regla especial de determinación establecida en el inciso cuarto, primera parte, del artículo 456 bis A del Código Penal, en circunstancias que del tenor literal y de la historia fidedigna de la ley -consta que se modificó el artículo 449 del Código Penal vigente- precisamente excluyendo el referido tipo penal del sistema general indicado, debiendo aplicarse el sistema de graduación de la pena especialmente previsto en el citado artículo 456 bis A.

5° Que, el yerro precedente ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al aplicar una pena inferior a la que corresponde conforme a una correcta determinación de la pena , lo cual en concepto de estos jueces, debe conducir a acoger el recurso de nulidad promovido por el Ministerio Público, basado en una errada aplicación del derecho.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y la disidencia, de sus autores.

Rol N°33.149-2020





NXXBPSQJWX

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S. Santiago, veintiséis de mayo de dos mil veinte.

En Santiago, a veintiséis de mayo de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

